



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2015-11-18
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 18258-15
 18521-15

SÖKANDE

Svensk Entreprenad Teknik SET AB, 556636-1449
 Box 2022
 195 02 Märsta

Ombud: Advokat Kristian Pedersen
 Jurist Emma Jarkell
 Advokatfirman Kahn Pedersen
 Box 16119
 103 23 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad, Fastighetskontoret
 Box 8312
 104 20 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-11-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.

Dok.Id 650604

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad, Fastighetskontoret (Staden) genomför upphandlingarna Långholmens BP Konstgräs, med projektnummer 7773, och Olovslunds BP Konstgräs, med projektnummer 7871. I upphandlingarna tillämpas förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Staden meddelade den 14 augusti 2015 i tilldelningsbeslut i respektive upphandling att annan anbudsgivare än Svensk Entreprenad Teknik SET AB (SET) tilldelats entreprenaderna.

SET ansöker om överprövning av upphandlingarna. I första hand yrkas att upphandlingarna får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Staden genomför nya anbudsutvärderingar med beaktande av bolagets anbud, och därmed tilldelar SET avtal i upphandlingarna. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingarna ska göras om. Som grund för ansökningarna anförs bl.a. följande. Upphandlingarna är, i nu relevanta avseenden, identiskt utformade och samma överträdelse av LOU har begåtts i båda upphandlingar. Staden har agerat i strid med bestämmelserna i LOU genom att ha förkastat bolagets anbud trots att de uppfyller alla skall-kraven i upphandlingarna. Staden har i vart fall agerat felaktigt genom att ha formulerat ett krav som inte är förenligt med LOU. Eftersom SET skulle ha placerat sig på första plats i utvärderingarna och därmed tilldelats avtal i upphandlingarna om det inte vore för Stadens överträdelse av LOU, har bolaget lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada.

Staden bestrider bifall till ansökningarna om överprövning och anför bl.a. följande. Man har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan av bestämmelse. Förfrågningsunderlagen uppfyller lagens krav på förutsebarhet och transparens. Anbuderna har prövats i enlighet med angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivarna har

behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Således har varken kvalificeringen eller förfarandet i övrigt skett i strid med LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utvärderingen av bolagets ekonomiska kapacitet

Vad parterna anför

SET har bl.a. anfört följande. Av punkten AFB. 51 i upphandlingarnas förfrågningsunderlag framgår att Staden har uppställt krav på anbudsgivarens ekonomiska kapacitet. I den aktuella bestämmelsen anges följande:

”Anbudsgivaren kommer att kvalificeras till den slutliga utvärderingen genom prövning enligt följande krav:

[...]

5. UC uppgifter eller motsvarande. UC-rating med riskklass minst 3,0 krävs för kvalificering. (Tas fram av beställaren)

För utländska företag från likvärdigt kreditinstitut i det egna landet. Om det anbudsgivande företaget inte lever upp till kravet (exempelvis p.g.a. att företaget är nystartat), skall en beskrivning lämnas som påvisar och styrker att företaget har samma förutsättning att motsvara kravet på angiven riskklass.”

Av redogörelsen för anbudsutvärderingarna framgår att beslutet att förkasta SET:s anbud uteslutande har baserats på en utförd kontroll hos UC, som bedömt att bolagets ekonomiska kapacitet är sådan att det tillhör riskklass 2. Detta trots att SET sedan februari 2011 av kreditupplysningsföretaget Creditsafe i Sverige AB bedöms ha en ”mycket god kreditvärdighet”. Den språkliga utformningen av det aktuella kravet är sådan att kontroll inte skulle ha skett enbart utifrån en bedömning utförd av UC. Det framgår tvärtom att kapacitet ska styrkas med ”UC uppgifter eller motsvarande”, vilket måste uppfattas som att Staden även har haft att beakta att kravet kan uppfyllas om anbudsgivare tillmätts godkänd kreditvärdighet, dvs. motsvarande riskklass minst 3,0, hos annat kreditupplysningsföretag. Det framgår av förvaltningsrättens egen praxis att den upphandlande myndigheten i fall som det nu aktuella, där myndigheten har åtagit sig att inhämta uppgifterna om respektive anbudsgivares kreditvärdighet, inte får nöja sig med att genomföra kontroller mot enbart det kreditvärderingsföretag vars klassificering har angetts som referensvärde. Det hade varit mycket enkelt för Staden att konstatera att SET nyligen nedklassificerats till riskklass 2, och dra slutsatsen att det inom rimliga ramar kunde finnas utlåtanden hos andra kreditvärderingsföretag där bolagets kreditvärdighet klassificerats i en riskklass ”motsvarande” UC 3. Då SET uppfyller det krav som Staden initialt ställt upp såvitt avser ekonomisk kapacitet har bolaget inte heller haft anledning att styrka denna på något alternativt sätt. SET lämnade in ytterligare uppgifter avseende sin ekonomiska kapacitet endast med anledning av en uttrycklig begäran från Staden och bestrider att

detta skett på eget initiativ. Det faktum att Staden påstår sig ha studerat UC-rapporten särskilt ingående kan förstås inte kompensera för det faktum att man har underlåtit att kontrollera kreditvärdigheten hos andra kreditupplysningsföretag. Det kan vidare anmärkas att Staden inte har angett någon specifik tidpunkt vid vilken anbudsgivaren skulle ha uppfyllt kraven på kreditvärde. Det ska framhållas att det av 11 kap. 9 § LOU framgår att en anbudsgivare som har godtagbara skäl får styrka sin ekonomiska kapacitet med annan handling än den typ av handling som den upphandlande myndigheten initialt begärt, förutsatt att handlingen är lämplig i sammanhanget.

Staden har bl.a. uttalat följande. I enlighet med RÅ 2005 ref. 47 har en individuell bedömning gjorts av anbudsgivaren. Detta har skett bl.a. genom att man begärt en kreditvärderingsrapport av UC och sedan analyserat rapporten och undersökt vilka ekonomiska brister som företaget har. Noterbart är att UC:s rapporter inte endast innehåller en värdering om riskklass utan en mängd olika uppgifter såsom exempelvis bokslutsuppgifter. Det fanns flera varningstecken om negativa uppgifter gällande SET i UC:s rapport. Detta har Staden tagit hänsyn till vid kvalificeringen. SET har också haft möjligheten att i sitt anbud anföra omständigheter och åberopa bevis som motsäger de uppgifter som framgår av räkenskapshandlingarna och rapporten från UC. Två dagar efter anbudstidens utgång inkom en skrivelse från SET med förklaring till varför de hade riskklass 2 hos UC. Därtill bifogades en kreditupplysning från Creditsafe i Sverige AB. Då denna skrivelse inkommit efter anbudstidens utgång har Staden inte beaktat den. SET anser att Staden borde ha gjort kontroller hos andra kreditvärderingsinstitut än UC. Det har inte angetts i förfrågningsunderlaget att Staden skulle kontrollera företagens ekonomiska stabilitet hos andra kreditupplysningsföretag. Uttrycket "motsvarande" syftar på de möjligheter som utländska företag och företag som inte lever upp till kraven på UC riskklass 3 har att visa den ekonomiska stabiliteten. En

ordning där en upphandlande myndighet ålägger sig själv att anlita samtliga kreditupplysningsföretag på marknaden vore ogörligt av både administrativa och ekonomiska skäl.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan som förvaltningsrätten först har att ta ställning till är om Staden har brutit mot principerna om transparens och likabehandling genom att förkasta SET:s anbud i de två upphandlingarna.

Inledningsvis finner förvaltningsrätten skäl att bemöta vad SET har anfört om att det inte har framgått vilken tidpunkt anbudsgivare skulle uppfylla kravet på ekonomisk kapacitet. Om inget annat sägs måste man kunna utgå från att ett aktuellt krav i en upphandling ska vara uppfyllt vid anbuds-tidpunkten. Detta måste bolaget ha förstått, särskilt mot bakgrund av att Staden angett att uppgifter skulle tas fram av beställaren. Kravet kan därmed inte anses brista i tydlighet i denna del.

Därefter har domstolen att ta ställning till vad SET har anfört om tolkning och tillämpning av det aktuella kravet på tillräcklig ekonomisk kapacitet. Enligt förvaltningsrätten kan Staden i förevarande fall inte anses ha tagit på sig att på egen hand inhämta uppgifter från flera kreditvärderingsföretag för att bedöma anbudsgivarnas ekonomiska kapacitet. Ett visst utrymme för feltolkning kan möjligen anses föreligga genom att det i kravet anges att en prövning ska göras av UC-uppgifter *eller motsvarande*. Detta uppvägs emellertid av att det i följande mening framgår att viss UC-rating krävs för kvalificering, och att uppgiften tas fram av beställaren. Det får således med tillräcklig tydlighet anses framgå att upphandlande myndighets åtagande sträcker sig till att ta fram upplysningar från UC. Det föreligger därmed en skillnad i omständigheter från förvaltningsrättens avgörande den 29 oktober 2009 (mål nr 21111-09), vilket SET har

åberopat. I domen fann förvaltningsrätten att upphandlande myndighet hade åtagit sig att genomföra all kontroll av riskklassning genom kravets ordalydelse. Avgörandet kan därmed inte anses tillämpligt i nu aktuellt fall.

Enligt SET får en upphandlande myndighet inte utesluta en anbudsgivare enbart på grund av uppgifter som inhämtats från UC. Till stöd för detta har bolaget bl.a. åberopat rättsfallet RÅ 2005 ref. 47. Av avgörandet framgår att upphandlande myndighet har rätt att inhämta upplysningar från UC men att en individuell bedömning ändå måste göras av anbudsgivarens ekonomiska kapacitet. Det är inte tillåtet att genom ett generellt tillämpligt beslut utesluta bolag som UC klassificerat på visst vis från upphandlingen. I RÅ 2005 ref. 47 hade upphandlande myndighet inte upplyst anbudsgivarna om att en kontroll skulle göras genom UC och det fanns ingen möjlighet för bolagen att bemöta kreditomdömet genom egen utredning. Anbudsgivarna saknade därför möjlighet att förutse och i förlängningen bemöta den uteslutningsgrund som generellt tillämpades. I förevarande fall har Staden angett i förfrågningsunderlagen att UC-rating med riskklass minst 3,0 krävs för kvalificering. För den anbudsgivare som inte lever upp till kravet har det varit möjligt att lämna en beskrivning som visar att man har samma förutsättningar att motsvara kravet. Först efter anbudstidens utgång har SET kommit in med underlag i syfte att förklara bolagets ekonomiska ställning. Under sådana förhållanden kan inte enbart den omständigheten att Staden ställt krav på lägsta riskklass innebära att någon individuell bedömning inte har gjorts (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 29 januari 2010 i mål nr 4855-09). Mot bakgrund av det ovanstående får det anses ha klarlagts att SET genom sina anbud inte har uppfyllt det obligatoriska kravet på ekonomisk kapacitet. Staden kan inte anses ha tolkat och tillämpat kravet i strid med bestämmelserna i LOU vid utvärdering av bolagets anbud i upphandlingarna. Det finns således inte skäl för ingripande i denna del.

Utformningen av kravet på tillräcklig ekonomisk kapacitet

Vad parterna anför

SET har bl.a. anført följande. Kravet på ekonomisk kapacitet strider mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. En bestämmelse som utesluter att anbudsgivare styrker sin ekonomiska kapacitet med andra handlingar än de som uttryckligen efterfrågas i förfrågningsunderlaget vore med anledning av 11 kap. 9 § LOU inte förenligt med LOU. Ett sådant krav vore dessutom oproportionerligt. I undantaget i kravet på ekonomisk kapacitet anges att vissa anbudsgivare, nämligen utländska företag och nystartade företag, får styrka sin ekonomiska kapacitet med uppgifter från "likvärdigt kreditvärderingsinstitut i det egna landet" respektive med "beskrivning [...] som påvisar och styrker att företaget har samma förutsättning att motsvara kravet på angiven riskklass". Undantaget överkompenserar och medför omotiverade fördelar för vissa företag. Det står därför i strid med likabehandlingsprincipen. Sådana anbudsgivare som *SET* missgynnas eftersom de haft fog att utgå från att de skulle anses uppfylla kravet på ekonomisk kapacitet. Kravet berövade anbudsgivarna möjligheten att i praktiken lämna anbud på ett likvärdigt sätt.

Staden uppger huvudsakligen följande. Det har uttryckligen angetts att de företag som inte omfattas av UC:s riskklasser eller uppnår UC 3 får ge in en beskrivning som påvisar och styrker att företaget har samma förutsättning att motsvara kravet på angiven riskklass. Därtill har en individuell prövning gjorts. Bestämmelsen och rätten att styrka sin kapacitet enligt 11 kap. 9 § LOU är inte tillämplig på upphandlingar enligt 15 kap. LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

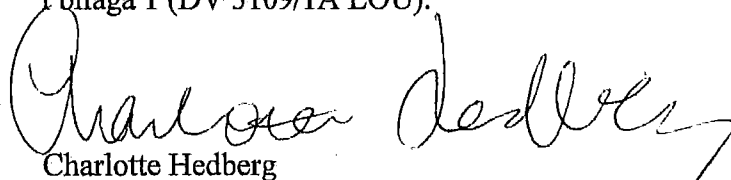
Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit annat än att samtliga anbudsgivare har haft likvärdiga möjligheter att lämna in egen utredning i syfte att styrka den ekonomiska kapaciteten. Utformningen av det aktuella kravet i förfrågningsunderlagen kan därmed inte anses strida mot LOU. Grund för ingripande föreligger således inte heller i denna del.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att vad SET har anfört inte visar att Staden har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU genom upphandlingarna. Grund för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Bolagets ansökningar om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Charlotte Hedberg

Rådman

Isabella Bjurling Willis har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.